

A EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS*

Iara de Toledo Fernandes

Procuradora chefe da Procuradoria Regional de Bauru - São Paulo - PR-7.
Mestra e Doutora em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Professora e Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito,
Linha de Pesquisa: As garantias de acesso à justiça.
Centro de pós-graduação da Faculdade de Direito de Bauru - ITE.

*“Na atual crise de valores, o mundo
pede aos juristas idéias novas,
mais que sutis interpretações”*

Tulio Ascarelli

*“O de que se trata é saber se queremos uma
sociedade que tenha o mínimo de respeito pelo
conceito de ter um direito ou se vamos entender
que se pode, às vezes, abrir mão disso em nome de
algum suposto benefício geral”*

Márcio Sotelo Felipe, “O direito de ter direitos”

Folha de São Paulo - 26/02/96

*Tese aprovada no XXIV Congresso Nacional de Procuradores do Estado, realizado de 30/08 a 03/09 de 1998, em Campos do Jordão/SP.

I. DELIMITAÇÃO DO CAMPO DE REFLEXÃO - PROPOSTA DE UM MODELO DE EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Prestigioso neste momento histórico finissecular simétrico à consagração dos dez anos de vigência da constituição de 1988, a pausa mediativa pertinente à efetividade das normas constitucionais, sem perda do *pano de fundo* - *A democracia e a cidadania no Brasil* - por conta da candente vocação institucional - constitucional de seus nobres misteres.

Elegendo como dados históricos, amoldado à singeleza do presente estudo, primeiramente, a lentidão da institucionalização de formas de participação política da sociedade frente à precoce estruturação do Estado, formulador do chavão *O Brasil teve Estado antes de ter sociedade* atribuído a Alceu de Amoroso Lima, ao depois, o clássico dualismo estanque entre *Estado e Sociedade*, e, finalmente, a proposta de *Transformação do Estado* pelos Constituintes de 1988, a meta de estudo convergirá, nos lindes da efetividade das normas constitucionais, e sem desapego da experiência constitucional desses dez anos, na visualização do momento em que as normas constitucionais adquirem feição de instrumento de realização política. Momento em que, a pressão social (cidadania como mecanismo de mobilização) exige dos Poderes Constituídos (Legislativo, Executivo, Judiciário) a realização do projeto social ideológico¹ agasalhado no leito constitucional.

Trilhando como métodos interpretativos a *Concretização* de Konrad Hesse² e J.J. Gomes Canotilho³ afinada à teoria problemática de Theodor Vieweg, ancorada no *significado substancial da Constituição* de Ronald Dworkin⁴ menos se preocupar com a sinopse retrospectiva crítica da efetividade constitucional da Constituição Federal de 1988 e, mais, com a projeção de um modelo de efetividade onde o Estado Democrático de Direito e Estado Social se fundam⁵. Ao intérprete constitucional, sobrepor-se-á o plano de eficácia (efetividade), traduzido num redirecionamento à configuração da ordem social desejada⁶, com proposta reiventiva da democracia para o terceiro milênio.

¹Proposital a utilização da expressão *projeto social ideológico* ao invés do *modelo normativo* constitucional, com a serventia de sinalização de um pensar expansivista à muralha legal e principiológica.

²A interpretação constitucional é concretização (*Konkreteisierung*). *Escritos de Derecho Constitucional*, p. 43.

³"Concretizar a Constituição", traduz-se, fundamentalmente, no processo de *densificação* de regras e princípios constitucionais" (...) *Densificar uma norma* significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos". *Direito Constitucional*, p. 202/203.

⁴"*Los Derechos en Sério*", *passim*.

⁵Oportuno avaliar que até mesmo o controle da constitucionalidade (intra e infra), nesse modelo, extravasa da estreiteza do domínio da validade (piramidal Kelseniana) para o *dinâmico* da eficácia.

⁶Historicamente, essa junção pode oportunizar a ruptura constitucional (objetivos normatizados e na realidade ignorados - crescente pressão social X abalo da relação de poder). Esse o desafio - identidade de contornos do Estado democrático e Estado Social sem ruptura.

⁷Basta lembrar datar dos idos de 1931 a Teoria do Direito Social.

II. DIREITO SOCIAL - ESTADO SOCIAL: CO-RELAÇÃO DE CONTEÚDO E CONTINENTE

A conformação do Estado Democrático de Direito e Estado Social perpassa, essencialmente, pela concepção, revitalizada e reconstruída⁷ do Direito Social.

Serena a constatação quando se holofota a sociedade contemporânea de massa no limiar do novo século, na qual, senão impossibilitados, ao menos, toleráveis, compreensíveis os grotões de conflitos, mormente nos adjetivados direitos sociais (assentamento rural, habitação, previdência, trabalho, saúde, educação, consumo, produção e quejandos). O não-aformoseamento do modelo político do Estado do Bem-Estar fomentador de angústias derivadas de expectativas frustradas, prestigiam eclosões com propensão, muita vez, a perpetuação dos litígios.

A resposta a esta sociedade complexa (e perplexa), decididamente, refoge do modelo-padrão que vê como fontes do Direito a lei e o costume. Quebrar-se a moldura, permitindo a expansão da paisagem (Ortega y Gasset formula ter a realidade, tal qual a paisagem, infinitas projeções), é imperioso. Repudiar as noções de completude e unicidade à ordem estatal impõe-se.

Com visão na “paisagem-realidade” expandida, amoldável o pluralismo jurídico de Georges Gurvitch⁸ numa perspectiva alerta contraposta ao historicismo jurídico (ordem jurídica = direito positivo (positivismo jurídico) e de tal modo alargada (além dos caracteres de *subordinação* à ordem estatal, de zonas de *exclusão* - *inclusão* - *intersecção* ao plano de validade) cuja teleologia se desgarra, teoricamente, da ordem estatal. Essa a primazia do Direito Social gurvitchiniano. Abandona-se a idéia de força coercitiva, doutrina o jus-sociólogo russo, aflorando a legitimação da incorporação das normas pelos atores sociais que as auto-instituem. Nesse quadro social desmoldurado, possibilita-se a coexistência da normatividade-coercitiva (estatal) e normatividade social.

Oportuno o ensino de Norberto Bobbio⁹ *A imagem de um ordenamento, composto somente por dois personagens, o legislador que coloca as normas e os súditos que as recebem*, é puramente escolástica. O legislador é um personagem imaginário que esconde uma realidade mais complicada. (...) A complexidade de um ordenamento jurídico deriva do fato de que a necessidade de regras de conduta numa sociedade é tão grande que não existe nenhum poder (ou órgão) em condições de satisfazê-la sozinho”: *Por essas razões*, escreve o Catedrático da Universidade de Turim¹⁰ “em cada ordenamento, ao lado da fonte direta, temos fontes indiretas que podem ser distinguidas nestas duas classes: fontes reconhecidas e fontes delegadas (...) Outra fonte de normas de um ordenamento jurídico é o poder atribuído aos particulares de regular, mediante atos voluntários, os próprios interesses: trata-se do chamado poder de negociação”¹¹.

⁷“L'idée du Droit Social Notion et Système du Droit Social. Histoire Doctrinale depuis le XVII^e éme. Siècle jusqu' à la Fin du X^e éme”.

⁸“Teoria do Ordenamento Jurídico”, pp. 37/38.

¹⁰*Op. cit.*, pp. 38/41.

¹¹Os grifos são do autor.

Assentado como premissa-mor o pluralismo jurídico, agrilhando-o ao Direito Social - Bobbio/Gurvitch (aprisionado, este último, como *Homem da época*¹² - esmaecer do século XX) na compreensibilidade propugnada por José Luiz Bolzan de Moraes¹³ ao Direito Social de Gurvitch da não-redução “a simples produção social de uma normatividade, ou seja, de um direito cuja única distinção seria sua origem”, sua teorização permite vislumbrar, para além, um novo conjunto de preocupações que impõem ao direito uma nova estrutura legitimadora.

Semelhante “nova estrutura legitimadora” nos moldes do Direito Social, para a modernidade de massa, com a quebra da hegemonia do direito individual, polemiza, instiga, a nível da efetividade da Lei Maior, a reordenação (com eventual redirecionamento) do Estado Social.

A interligação *Direito Social - Estado Social*, conquanto de soslaio, guarde parecença (pelo menos terminológica), a sinonímia é de pronto, descomplicadamente, afastada. E o alcance da literalidade é suficiente à solução. Inegável o discrimen dos substantivos *Direito e Estado*, e a nível científico, o apontamento do primeiro com aporte à seara jurídica, e o segundo à ciência política, aflora de abrupto. Todavia, a disparidade é aparente, como soe acontecer com as colocações *ab initio*. Há correlação continente-conteúdo (é verdade que não necessária, mas apenas opcional), figurando o Direito Social como a proposta jurídica de campo investigatório (conteúdo) a culminar no Estado Social, projeção da realidade social não somente fática, mas também enquanto expectativas, anseios, angústias e desesperanças) almagamada ao projeto social ideológico (faces da mesma moeda), naquele momento histórico, carente de realização (efetividade normativa-política).

III. ESTADO DE DIREITO E ESTADO SOCIAL - PROPOSTA DE COMPATIBILIZAÇÃO - QUEBRA DO MODELO CLÁSSICO FORMALISTA DO ESTADO DE DIREITO (DEFORMALIZAÇÃO)

Alerta, com proficiência doutoral, Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹⁴ “O que vem sendo percebido, no entanto, na experiência recente da Constituição brasileira vigente, é que uma compatibilização do Estado de Direito como Estado Social traz algumas dificuldades significativas. Seria preciso, de um lado, garantir em cada caso uma situação de compromisso entre os grupos sociais que assegurasse um mínimo de critérios comuns de valores que fossem admitidos por todos. De outro lado, um quadro

¹²Expressiva a confissão de George Gurvitch: “Para terminar, seja-me permitido indicar que o destino quis que, muitas vezes, na minha relexão e no meu esforço estivesse “Contra a corrente”. O ritmo do meu pensamento esteve quase sempre em defazamento com o que estava na moda. Sou pois um excluído da horda “por vocação, por assim dizer”, in “meu Itinerário Intelectual ou O Excluído da Horda” - “Tratado de Sociologia”, v. II, p. 656 (edição portuguesa).

¹³“A idéia de Direito Social”, p. 97.

¹⁴“Constituição Brasileira e modelo de Estado: hibridismo ideológico e condicionantes históricas”, in, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 17, p. 45.

constitucional rigoroso sem o qual a atuação do Estado, inevitavelmente sujeito a grupos de pressão e a interesses estamentais e corporativistas da burocracia, pode-se tornar facilmente uma espécie de exercício de arbitrariedade camuflado por supostos ditames de princípios públicos relevantes. As dificuldades dessa compatibilização, em face das exigências mencionadas, repousam afinal no inevitável reconhecimento de que elas têm caráter distinto. A exigência de um compromisso é um problema tipicamente político nos seus meios e fins, enquanto a exigência de um quadro constitucional rigoroso é um problema tipicamente jurídico formal”. Com apoio em Ernest Forsthoff¹⁵, arremata o jurisfilósofo da Universidade de São Paulo “Essa dualidade de caráter vem sendo percebida, na verdade, no fato de que o Estado de Direito é um conceito formalmente jurídico, jurídico formal, o mesmo não sucedendo com o conceito de Estado Social”.

Frete a essas dificuldades tecidas, e à necessidade de fusão entre o “Estado de Direito” e “Estado Social”, para um novo modelo de efetividade das normas constitucionais que se vem propor¹⁶, pressupõe-se a quebra do modelo de Estado de Direito clássico, formalista. Nada há, diga-se apressadamente, de novidadeiro, se se traduzir essa *quebra* como modelo de *Estado com função de legitimação das aspirações sociais* vivenciado sob a égide das Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967/69, em oposição ao modelo constitucional de Estado com função de bloqueio, ficando a singularidade na “tomada de consciência (social e política) dessa distinção, expressada na Europa desde os anos vinte e apontada por Max Weber¹⁷”.

Por conseguinte, a ultrapassagem das dificuldades, em prol do novo modelo de efetividade, considerando os dados históricos de “proposta de transformação do Estado” pela Constituinte de 1987 e o “retardamento das formas de participação política da sociedade civil”, pressupõe a deformalização da Constituição (em outras palavras, deformalização interpretativa) e o florescimento e amadurecimento da cidadania. Assim, os componentes da “situação de compromisso” dos grupos sociais e do constitucionalismo rigoroso”, comprometedores da imprescindível compatibilização entre Estado de Direito e Estado Social à serventia do novo modelo de efetividade constitucional a ser gizado, serão transfigurados pelo “fortalecimento da cidadania”, concretizadora da concepção da Constituição como sistema de valores e formuladora do modelo de Estado (projeto social ideológico) e pela “deformalização da Constituição”.

¹⁵ *Rechtsstaats in Wandel*, 1976, p.89”. Op. cit., p. 45.

¹⁶ Conforme delineado no pórtico deste modesto estudo - item nº 1 - Delimitação do campo de reflexão. Proposta de um novo modelo de efetividade das normas constitucionais.

¹⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *op. cit.*, p. 47.

IV. O NOVO MODELO DE EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS FRENTE À TEORÉTICA CONSTITUCIONAL EFICÁCIA JURÍDICA - EFICÁCIA SOCIAL - EFETIVIDADE

Muito embora passada alargada se detecte no afinamento das pilastras (teses-mor) da “deformalização da Constituição” e do “fortalecimento da cidadania”, impossível o caminhar sem fixação do entendimento de “Eficácia Constitucional”.

Rumando em marcha de contramão à Teoria Ecológica do Direito de Carlos Cossio¹⁸ ao postular como vocábulos sinônimos “positividade, vigência, eficácia, observância, facticidade e efetividade” do Direito, é com apego ao atraente pensamento de Alf Ross¹⁹ que, após realçar o pensamento norteador das teorias realistas no tema “Conceito de direito vigente”, na frase “Todas las teorías realistas están de acuerdo en interpretar la vigencia del derecho en términos de efectividad social de las normas jurídicas”, posiciona-se pela síntese entre as correntes psicológica e condutista, tendo por norma vigente a aceitação pela consciência popular e se aceita pelos Tribunais como base de suas decisões, e por que não, acumulando-se a doutrina Kelseniana²⁰ elucidativa ao discurrir “dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia possa existir uma certa conexão” (...) “Um mínimo de eficácia (como soe dizer-se) é a condição de sua vigência”. Prestigia-se, como enriquecedora à linha de pensamento adotada, a lição de José Afonso da Silva²¹ ao lecionar “A lei é tanto mais eficaz quanto mais se projeta no meio social, em que deve atuar; quanto mais seus termos abstratos se enriquecem de conteúdo social, do Direito”. Cultural, mais eficaz ela é. Sem um mínimo de eficácia, a lei não passará de mera construção teórica”.

Complemente-se a opção de plano teórico da “Eficácia Constitucional”, com a compreensibilidade Bobbiniana²² que, após dilucidar o problema da definição do Direito enquadrando-o na “Teoria do ordenamento jurídico”, e não na “Teoria da norma”, com lucidez, expõe: “O problema da validade e da eficácia, que gera dificuldades insuperáveis desde que se considere uma norma do sistema (a qual pode ser válida sem ser eficaz), diminui se nos referirmos ao ordenamento jurídico, no qual a eficácia é o próprio fundamento da validade.”²³

Assim, no tablado sobre o qual se erigirá o novo modelo, afivelam-se, essencialmente, a “Teoria Realista” eclética de Alf Ross e a “Teoria do Ordenamento

¹⁸*Teoría de la Verdad Jurídica*, p. 180.

¹⁹*Sobre el derecho y la justicia*, p. 69.

²⁰Teoria Pura do Direito, p. 29/30.

²¹Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional, p. 236.

²²Teoria do Ordenamento Jurídico, p. 29.

²³Os grifos não são do autor.

Jurídico” de Norberto Bobbio²⁴, para a padronização, como ferramenta de trabalho da Conceituação de Eficácia Constitucional, *prima facie* compreendendo como sinonímia as palavras *eficácia jurídica*, *eficácia social* e *efetividade*.

V. “FORTELECIMENTO DA CIDADANIA” E DEFORMALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO - MODELO DE EFETIVIDADE SUBSUMÍVEL À CONSTITUIÇÃO-JURÍDICA

Com o “tablado” (opção teórica de Eficácia Constitucional) pronto, mister se faz a tessitura do liame entre os “pilares” da deformalização” e “cidadania” no cenário da Constituição Jurídica.

A efetividade das normas Constitucionais resultante do “fortalecimento da cidadania” e da “deformalização da Constituição”, constitui-se em modelo de “força normativa” constitucional, é importante ressaltar²⁵.

Ao propor-se a “quebra” da moldura legislativa-estatal (Direito Social); ao propugnar-se por uma interpretação criativa-histórica (deformalização), e ao centrar-se na formação da consciência-constitucional (projeto social-ideológico) do cidadão, para o novo modelo de efetividade da Constituição, risco haverá em buscá-la, unilateralmente, na chamada “Constituição-real”, alheando-se à “Constituição-Jurídica”. As reflexões de Konrad Hesse²⁶, face ao pensamento de Ferdinand Lassalle²⁷ enfatizam a “vontade de Constituição”²⁸ - presente na consciência geral e originária da compreensão da necessidade e valor de uma ordem normativa inquebrantável, a

²⁴Além das teorias de Hans Kelsen e José Afonso da Silva, trazidas para o texto, indispensáveis os estudos de Miguel Reale que, com apoio em sua visão tridimensional do Direito (vigência = norma; eficácia = fato; fundamento = valor), escreve: “O Direito autêntico não é apenas declarado, mas reconhecido, é vivido pela sociedade, como algo que se incorpora e se integra na sua maneira de conduzir-se... A regra de direito deve, por conseguinte, ser *formalmente válida* e *socialmente eficaz* (*Lições Preliminares de Direito*, p. 113); estudos de Maria Helena Diniz, tendo por base as lições de Tércio Sampaio Ferraz Jr, propõe ao fenômeno eficaz funções que desempenha “não só no contexto normativo, mas também a leitura ideológica da significação normativa relacionada com outros comandos, com a realidade social, com o valor nela positivado, com seu emissor social e com seus endereçados, analisando assim o papel dos fatores extranormativos na justificação da eficácia”. (*Norma Constitucional e seus efeitos*, p. 34).

²⁵*Força normativa* no sentido postulado por Anna Carla Agozzi, *in verbis*: A constituição, ao ser considerada de força normativa, deve ser vista abrangendo a realidade social que lhe dê o conteúdo fático e o sentido axiológico - Cadernos de Constitucional e Ciência Política, v. 14, p. 202.

²⁶À força normativa da Constituição, *passim*.

²⁷Conferência proferida, em 16 de abril de 1862, em Berlim, sobre a essência da constituição (*Vber das Verfassungswesen*), tendo por tese fundamental serem as “questões constitucionais não questões jurídicas, mas sim questões políticas”. Para Lasalle, a Constituição Jurídica não passa de “um pedaço de papel” - sua capacidade de regular e de motivar está limitada à sua compatibilidade com a Constituição real.

²⁸Doutrina o Professor da Universidade de Freiburg e Juiz Ex-Presidente da Corte Constitucional Alemã: *Para usar terminologia acima referida, Constituição real e Constituição jurídica estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. (...) Portanto, a intensidade da força normativa da constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (Willw zur Verfassung).* - *A força normativa da Constituição*, p. 15-24.

carecer de constante processo de legitimação e do concurso da vontade humana - tanto mais estruturável quanto florescente a cidadania. Na modelagem da efetividade das normas constitucionais, ora proposto, no pressuposto da deformalização constitucional, instiga-se o exegeta à incorporação do "estado espiritual" do seu tempo, com busca aos princípios fundamentais explícitos e implícitos, e submetida ao princípio da "ótima concretização da norma".

Por conseguinte, dos pressupostos do "fortalecimento da cidadania" e "deformalização da Constituição" derivam força "normativa" constitucional a desmistificar a força "da realidade" constitucional. Realmente, emanando o projeto social ideológico (concepção substancial de Constituição) da conscientização popular e interpretada a norma constitucional de forma a concretizar satisfatoriamente o sentido da proposição normativa dentro das condições reais presentes numa determinada situação e num determinado momento histórico, não há de se falar em descoincidência da "Constituição real" e "Constituição-Jurídica". Todavia, se a vontade normativa atingiu o limite interpretativo inevitável, afigurar-se-á a revisão constitucional, com ruptura da situação jurídica vigente. Se do quadro social brotar alteração do projeto social ideológico, transmudam-se as problemáticas constitucionais de "questões jurídicas" em "questões de poder". Porque condicionantes naturais, exauridos os limites da força normativa da Constituição, reconhecível o sucumbimento da Constituição jurídica face à Constituição real.

VI. A "DEFORMALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO" E A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Para o modelo de efetividade a desenhar-se, tendo como um dos pressupostos a "deformalização da Constituição", convenhável a explicitação terminológica rente à Teoria da Interpretação Constitucional.

Ab initio, afugentem-se liames à "destronização" da Constituição (intangível enquanto Lei Maior com função estabilizante e integradora), à "Crise de Constituição" ("impulso tanático" ou "corrida para a morte da Constituição"²⁹, ou ao apregoadado anacronismo constitucional decorrente da criação de ordens jurídicas supranacionais. Sequer se polariza a deformalização da Constituição, lado a lado, ao alardeamento, por Burdeau, dos riscos quanto à progressiva ideologização das Constituições, ou à teoria de Loewenstein, de cedência da força normativa da Constituição.

O princípio³⁰ da "deformalização da Constituição", focalizado na seara da her-

²⁹CANOTILHO, J.J. Gomes, caracterizando como ilegítima a ilação de que a lei fundamental é hoje um *instrumento pervertido, inútil e obsoleto*, entende-se que, algumas vezes, esse *impulso tanático* ou *corrida para a morte* da constituição, de que falam os autores, assenta-se numa pré-compreensão (ou pré-compreensões) de Estado e de sociedade que hoje *está perdida*: a pré-compreensão liberal da radical separação entre Estado - sociedade, a pré-compreensão hegeliana e organicista da integração harmonizante e totalizante das leis, a pré-compreensão normativista - positivista e a pré-compreensão sociológico - positivista - *Direito Constitucional*, p. 78.

³⁰A *deformalização da constituição* angaria natureza de princípio por servir de *ratio* e fundamento ao modelo de efetividade propugnado, e pelo acentuado grau de abstração, de indesmentível caráter jurisprudencial.

menêutica constitucional, e partindo da premissa de que se projeta na parte dogmática das Constituições onde se engastam os “direitos fundamentais”, e a estrutura normativa-material aberta, fragmentária e indeterminada e com predominante apego ao “direito vivo” (efetividade = teoria de resultado), torna plausível sua decodificação no seguinte ideário:

1ª) Acolhe a ciência de Peter Häberle da “Sociedade aberta dos Intérpretes da Constituição”.

Estruturando-se nos pensamentos que “todo aquele que vive a Constituição é seu legítimo intérprete; de que “não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada” e formulando conceitualmente, interpretação com as palavras “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la”, propõe a seguinte tese: “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” (*Zünftrössige Interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (... *Weil Verfassung-sinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert und on ihr Konstituiert wird*). Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”³¹.

Perceptível, facilmente, o encaixe da doutrina Häberliana ao Direito Social Gurvitchiniano³², pois a legitimação da incorporação das normas pelos atores sociais que as auto-instituem (normatização social), com negação às noções de completude e unicidade, encontrará ancoradouro seguro na interpretação pluralista e procedimental da Constituição dentro do redimensionamento hermenêutico da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição de Peter Häberle.

2ª) Compactua com o método tópico-problemático de Theodor Vieweg³³, no qual a norma se põe como um *topoi* do discurso jurídico constitucional, privilegiando a discussão dos problemas, ensejando a compreensão do justo num contexto aberto argumentativo. Reforçam Podlech³⁴, com o ensino “Uma teoria jurídica que fique limitada à lógica normativa perde de vista a vinculação social da jurisdição. A negação da ideologia da subsunção não significa que os órgãos de aplicação do direito devam atuar como “geradores de causalidade” e Peter Häberle³⁵ “A vinculação judicial à lei e

³¹Hermenêutica Constitucional, p. 13.

³²Pedra básica do presente estudo.

³³Tópica de *Jurisprudência*, *passim*.

³⁴A. R. 95 [1970], p. 185 [190f], *apud*, n.r. n.º 50 da obra de Peter Häberle, *Hermenêutica Constitucional*, p. 32.

³⁵*Op. cit.*, p. 31 e 33.

à independência pessoal e funcional dos juízes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade (... *in der Öffentlichkeit und Wirklichkeit die Verfassung interpretiert*). (...) “Do ponto de vista teórico-constitucional, a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição (*ein Stück Öffentlichkeit und Wirklichkeit der Verfassung*), não podendo ser tomadas como fatos brutos, mas como elementos que se colocam dentro do quadro da Constituição...”.

3ª) Aglutina os métodos hermenêutico-concretizador (Hesse/Canotilho) e científico-espiritual, na medida em que, através de uma tarefa criadora, o intérprete, perpassando pela “pré-compreensão” do texto normativo, “concretiza” a norma dentro de uma realística (concreta) conjuntura (situação histórica), associando os dados axiológicos subjacentes à Constituição e sua ressonância no processo de vivência comunitária (caracteres espirituais), conectando “texto e contexto” (norma e realidade) compondo o chamado “círculo-hermenêutico”.

4ª) Realçados são os princípios da “máxima efetividade” e da “força normativa”, sintetizados no máximo rendimento sócio-jurídico às normas constitucionais (hiperpotencialização), com eleição da exegese de maior eficácia ou efetividade, e assegurando a primazia às soluções que densificam o conteúdo normativo.

5ª) Apregoa a atividade criadora do juiz, também chamada de ativismo judicial.

Sem se correr o risco de penetrar temas difíceis, aprofundados, ligados à criatividade jurisprudencial, tais como a “revolta contra o formalismo” (Morton G. White), legitimação democrática, debilidades e virtudes do Direito Jurisprudencial, “politização” do juiz, tendência aproximativa dos sistemas da “Civil Law” e da “Common Law”, suficiente para o presente estudo, de pronto, assentar como subprincípios: a) caráter acentuadamente criativo da Justiça Constitucional das Liberdades e b) o novo papel dos Juízes na proteção dos interesses coletivos e difusos e nos conflitos de classe.

Com Mauro Cappelletti³⁶, fundamente-se a tarefa criativa do juiz. Doutrina o mestre italiano de leitura obrigatória: “A resposta dada neste ensaio à indagação de que se a tarefa do juiz é interpretar ou criar o direito, posiciona-se no sentido de que o juiz, inevitavelmente, reúne-se em si uma e outra função, mesmo no caso - que constitui, quando muito, regra não sem muitas exceções - em que seja obrigado a aplicar lei pré-existente. Nem poderia ser de outro modo, pois a interpretação sempre implica um certo grau de discricionariedade e escolha e, portanto, de criatividade, um grau que é particularmente elevado em alguns domínios, como a justiça constitucional e a proteção judiciária de direitos sociais e interesses difusos”.

No direito pátrio, elucidativos ensinamentos propugnam pela ampliação dos poderes instrutórios do juiz. Exemplificadamente: “A escassez de iniciativas probatórias oficiais, mesmo quando manifesta a sua conveniência, tem sido apontada como

³⁶Juizes Legisladores, p. 128.

uma das causas do mau funcionamento do mecanismo judiciário. Essa mentalidade necessita ser alterada, a fim de que o magistrado assuma seu papel na relação processual” - José Roberto dos Santos Bedaque³⁷; “O juiz moderno compreende que só lhe exige imparcialidade no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades e recusa estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a indiferença - Cândido Rangel Dinamarco³⁸.

Prestativo ao Direito social, ao modelo de efetividade com a deformalização constitucional, a ampliação dos poderes do juiz, derrubando-se a ficção tradicionalista do juiz no papel de “inanimada boca da lei”, do juiz em posição búdica, erguendo-se a figura do juiz comprometido com o momento histórico, com a realidade social.

À concreção da “Justiça Constitucional das Liberdades”, dada a caracterização dos textos normativos como vagos, fluídos, programáticos imprescindível elevado grau de ativismo e criatividade jurisdicionais. Nas palavras de Cappelletti³⁹ “A outra alternativa, pelo contrário, é a de que os próprios juízes sejam capazes de “crescer”, erguendo-se à altura dessas novas e prementes aspirações, que saibam, portanto, tornar-se eles mesmos protetores dos novos direitos “difusos”, “coletivos” e “fragmentados”, tão característicos e importantes da nossa civilização de massa, além dos tradicionais direitos individuais”.

Fecundo no tema quanto à proteção dos “Direitos do Homem”, alerta-poético do Jurisfilósofo da Universidade de São Paulo Márcio Sotelo Felipe⁴⁰ “O conhecimento jurídico tem como objeto imediato a ordem normativa da dignidade humana e, portanto, como objeto mediato a comunidade humana, ou cada indivíduo em sua integridade. É com este sentido que se pode dizer que a totalidade é objeto e condição do conhecimento jurídico.

Para dizê-lo com Goethe: “Se no todo te quiseses densedentar, no mais pequeno hás de o todo buscar”.

VII. FORTALECIMENTO DA CIDADANIA - PROJETO SOCIAL IDEOLÓGICO

Propende à efetividade da Constituição, vista no seu âmago como um Projeto social ideológico, o fortalecimento da cidadania.

Não se infira a desconexão jurídica a este princípio. A conscientização popular das “coisas” do Estado (organizacional) e o aprendizado dos Direitos Fundamentais e Liberdades Públicas é matéria jurídica.

Compõe a cidadania e sua expansão a fazer do profissional do Direito, no modelo do Direito Social, Direito desmoldurado dos lindes oficiais, o direito brotante e vivenciado.

³⁷Poderes Instrutórios do Juiz, p. 82.

³⁸A Instrumentalidade do Processo, p. 275.

³⁹Op. cit., pp. 59/60.

⁴⁰Razão Jurídica e Dignidade Humana, pp. 109/110. O autor é Presidente do Colégio de Procuradores e Procurador Geral do Estado de São Paulo.

Dir-se-á, corresponder à ciência da Sociologia Jurídica (ou Etnologia Jurídica), à sua vez, à Política Legislativa, mas, com proficiência, explicita José de Oliveira Ascensão⁴¹ A “Sociologia Jurídica tem grande importância, não só para a Política Legislativa, como para a própria ciência do direito. Se o direito é uma ordem da sociedade, é preciso conhecer a sociedade para conhecer o direito. A regra legal, por exemplo, não pode ser vista como algo de separado e que tem em si um sentido perfeito, mas como uma base cujo sentido só será plenamente captado através do confronto com dada situação social”.

Portanto, misturar-se com a população, auscultar a sua prática jurídica, compartilhar o aprendizado democrático e da cidadania é o mais significativo papel do jurista no limiar do século XXI. Com o seu talento criativo e sensibilidade para as amarguras sociais, o jurista é o mais aperfeiçoado profissional para a acuidade do “transbordar” do direito em relação ao fato. Na sociedade moderna, multifacetária, transnacional, globalizada, perplexa e complexa, nos múltiplos setores do direito (agrário, ambiental, financeiro-bancário, fundamentais do homem, sociais, etc.), usará o jurista o instrumental da sociologia jurídica, da etnologia jurídica (antropologia cultural) para os lindes do campo investigatório, desenhando a ordem social, sentida e vivida como direito, que poderá estar solidamente implantada e até, quiçá, contrastando (e até frequentemente) com o direito oficial.

E aos Procuradores do Estado? Juristas vocacionados ao interesse-público-social, com aguçada sensibilidade para as mazelas do viver diário, têm, nesse novo papel, acentuada responsabilidade. A efetividade da Constituição, pelo estigma público que norteia sua atuação profissional, é o mais excelso mandamento do ideário na sua missão institucional⁴².

VIII. AS NORMAS CONSTITUCIONAIS ENQUANTO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO POLÍTICA E O MODELO DE EFETIVIDADE PROPOSTO - ANÁLISE CRÍTICA

Responderá o modelo de efetividade cotejado à visão das normas constitucionais enquanto instrumento de realização política? Projetou-se no item “Delimitação do campo da reflexão”, como meta de estudo, a visualização do momento em que as normas constitucionais adquirem feição de instrumento de realização política (realização do projeto social ideológico agasalhado no leito constitucional). A resposta afirmativa parece verdadeira. Ao privilegiar-se, no modelo proposto, a cidade-

⁴¹O Direito, introdução e teoria geral, p. 86.

⁴²Permitindo-nos, reverentemente, narrar aos Congressistas dos outros Estados presentes neste XXIV Congresso Nacional de Procuradores do Estado, o magnífico trabalho desenvolvido pela Procuradoria do Estado de São Paulo, através do Procurador Geral Dr. Márcio Sotelo Felipe e Dr^a. Márcia Junqueira Z Zonattid em co-participação com o Governo Estadual e Imprensa Oficial com o lançamento e distribuição de 50.000 cartilhas *Conheça seus Direitos* e do livro *Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*, órgãos oficiais, agentes políticos e representações comunitárias já nesse caminhar de florescimento da cidadania, e, consequentemente, trabalhando a efetividade da Constituição.

nia e o seu fortalecimento, e compreendida esta como “mecanismo de mobilização”, correlatamente tenderá à busca da realização política, dentro do prisma da pressão social para a efetividade da força normativa da Constituição (Constituição jurídica). Com a junção do princípio da deformalização, com seus sub-princípios, ver-se-á, como eixo gravitacional, o projeto social ideológico constitucional, ensejador do encontro da fusão do Estado Democrático de Direito e Estado Social.

IX. AS ESTRATÉGIAS DA DESREGULAMENTAÇÃO, DA DESLEGALIZAÇÃO E DA DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO E O MODELO DE EFETIVIDADE PROPOSTO

José Eduardo Faria, no artigo intitulado “Direito positivo na economia global”⁴³, após delinear limitações estruturais do direito positivo e suas instituições, conduzindo o Estado ao atingimento dos limites de sua soberania político-jurídica, e a consequência, pelos governantes, da revisão da política legislativa, para reformular a estrutura do direito positivo e redimensionar o campo de ação de suas instituições judiciais, e o recurso às estratégias de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização, levados a efeito paralelamente à promoção da ruptura dos monopólios públicos, termina o texto com a inquietante interrogação “Que futuro pode ter esse tipo de ordenamento?”. Decorre o questionamento da intrincada articulação de sistemas e subsistemas sócio-econômicos nos planos interno e externo, consequência desse processo de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização. Brota a pergunta do seguinte raciocínio tecido pelo autor: “Assumindo a forma de redes, esses microsistemas legais e essas cadeias normativas se caracterizam pela extrema multiplicidade e heterogeneidade de suas regras; pela evidente provisoriidade e mutabilidade de suas engrenagens normativas; pelo acolhimento de uma pluralidade de pretensões contraditórias e, muitas vezes, excludentes. Num ordenamento jurídico com tais características, por isso mesmo, as tradicionais idéias do “bem comum” e de “interesse geral e universal” das leis não conseguem mais exercer o papel de princípios totalizadores”, destinados a integrar e harmonizar interesses específicos. Elas podem até continuar preservadas retoricamente nos textos legais, sobrevivendo aos processos de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização. Contudo, não têm o mesmo peso simbólico e funcional detido à época do advento do Estado constitucional, da democracia representativa e das modernas declarações de direitos. Que futuro pode ter esse tipo de ordenamento?”

Frente a esse quadro, ao qual se acrescente, por necessária constatação, e ainda com apoio na lúcida argumentação de José Eduardo Faria⁴⁴, a imposição de condições e limites à atuação dos Estados pelo processo decisório do sistema econômico financeiro mundial, com nitidez revelada pela crise asiática. Sistema econômico-financeiro

⁴³Jornal *O Estado de São Paulo*, 31/8/97, p. 2.

⁴⁴Artigo *A crise e o tempo*, jornal *O Estado de São Paulo*, 20/1/98, p. 2.

desterritorizado e policêntrico, com referência no aqui-e-agora, não se compatibilizando, muita vez, com os processos legislativo e judicial. Estreita-se o campo da política (perda da autonomia decisória dos Estados) augurando alguns a “morte” da política, antevendo outros a substituição da democracia representativa por um sistema de autoridades justapostas e de soberanos supra-estatais privados e difusos, representados pelos agentes econômicos. Os esquemas cognitivos, afirma o Mestre de Filosofia do Direito e Sociologia Jurídica da USP, “com que aprendemos a interpretar a política, com suas tradicionais distinções entre Estado e sociedade, público e privado, legal e legítimo, nacional e internacional, hoje são simples demais para propiciar uma resposta a essa indagação” (refere-se o autor à indagação: “Quem estará certo?”).

Frente a essa complexidade conjuntural, tanto mais preocupante quando se aprende com o mesmo mestre que esse “presente onipresente” (repetindo o termo de autoria de Raffaele Di Giorgi, Norbert Lechner e Boaventura Santos) “é avassalador” e que “destrói as condições vitais para a existência da própria democracia”⁴⁵, numa visão crítica, põe-se em questão o modelo de eficácia constitucional proposto. Será, também, simplista demais para a complexidade desse “presente contínuo” (vive-se somente o presente, o futuro é fumaça?).

Realmente, se até a desconstitucionalização é componente dessa vertente avassaladora do “agora” com os mercados financeiros tomando o lugar do Estado, se, de repente, poder-se-á questionar a própria existência da Constituição nessa proposição sem dimensão, sem fronteiras de passado, presente e futuro, sem supedâneo para o processo histórico; se aprendizagem cívica e legitimação institucional podem ser substituídas pelo cálculo frio e objetivo das oportunidades (tudo resumido num tempo real, qualidade e rapidez das informações); se a tendência no desenvolvimento do direito aponta para o ritmo de regressão dos direitos sociais e dos direitos humanos⁴⁶, uma tendência ao desalento pode precipitar a capitulação do novo modelo de efetividade constitucional. Desperto do momentâneo desalento, cristalina se põe a versão de sobrevida desse modelo. Arrisca-se mais, afirmando a sua relevância. Ora, se os direitos humanos, por exemplo, correm o risco de ser enfraquecidos com a relativização de soberania do Estado, somente o princípio do fortalecimento da cidadania poderá conter esse risco. Ademais, o princípio da deformalização da Constituição decomposto nos subprincípios retro delineados permitirá acreditar-se, a manutenção, a revitalização da força normativa constitucional acompanhando o desenvolvimento do direito, nas suas tendências de “reprivatização”, de redução do grau de coercibilidade do direito positivo, de desfiguração do direito do trabalho e dos direitos sociais⁴⁷.

⁴⁵Artigo *A crise e o tempo*, jornal *O Estado de São Paulo*, 20/1/98, p. 2.

⁴⁶A percepção é de José Eduardo Faria no artigo *Para onde vai o direito?*, in: jornal *O Estado de São Paulo*, 15/8/97, p. 2.

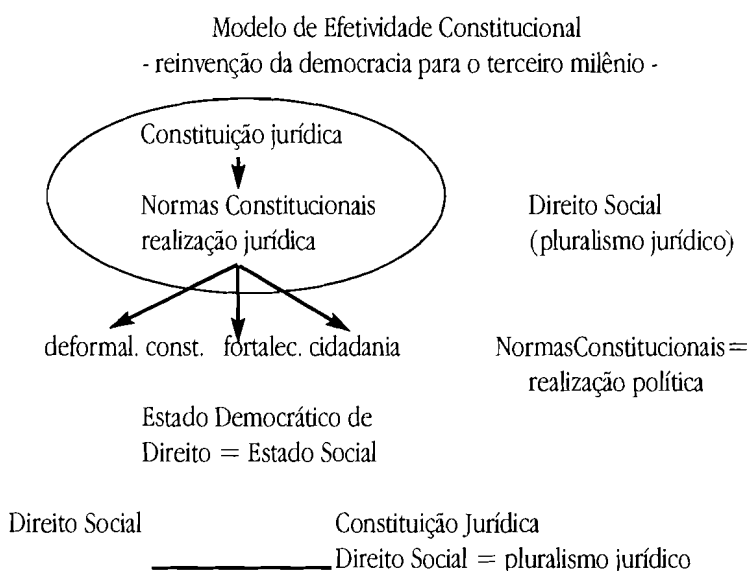
⁴⁷A propósito o excelente artigo, *O direito de ter direitos* de Márcio Sotelo Felipe, in: *Folha de São Paulo*, de 26/2/96, p. 2.

X. À GUIA DE CONCLUSÃO

O modelo de efetividade das normas constitucionais que, reverentemente, oferta-se à apreciação pelos eminentes Congressistas do XXIV Congresso Nacional de Procuradores do Estado, de evidentiíssima relevância ao Constitucionalismo pátrio, quer pelo aniversário de dez anos da Constituição-cidadã de 1988, quer pelo temário geral, "A Democracia e a Cidadania no Brasil", mira uma modesta contribuição à teoria da efetividade no Direito Constitucional com acentuada preocupação à colheita de dados para a cadente temática da *reinvenção da democracia*, neste momento histórico, festivo pela galhardia com que o regime democrático viceja, reafirmado com o florescimento da cidadania, e incitador à reflexão dos operadores científicos da Lei Maior pelo seu reflexo na atual sociedade brasileira mudancista, finissecular, amalgamado essencialmente a dados históricos, complexa e multifacetária.

O modelo, em síntese, tem como embasamento o Direito Social - pluralismo jurídico e a força normativa da Constituição Jurídica. Desse tronco, dois ramos - princípios estendem-se: (1) a deformalização da Constituição e (2) o fortalecimento da cidadania. Do primeiro, em leque se abrem sub-princípios, quais sejam.

Graficamente, desenhe-se:



Numa só expressão, a efetividade das normas constitucionais, no modelo decalcado, em versão representativa "é vida, é sociedade, é valoração, é incessante e desesperada ânsia de alcançar o justo"⁴⁸.

⁴⁸A frase é de Sérgio Gischkow Pereira, a respeito do direito, in: *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 12, p. 178.

BIBLIOGRAFIA

- A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- AGAZZI, Anna Carla. *Aplicabilidade e Interpretação da Norma Constitucional - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 14, p. 192/203, jan/mar de 1996.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O Direito - Introdução e Teoria Geral*. 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Universidade de Brasília, 8ª ed., trad, Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 1996.
- CÓSSIO, Carlos. *Teoría de la Verdad Jurídica*, Buenos Aires: Losada S/A, 1954.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1992.
- DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, Barcelona: Ariel S.A., 2ª ed., trad. Marta Guastavino, 1989.
- FELIPE, Márcio Sotelo. *Razão Jurídica e Dignidade Humana*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Constituição Brasileira e Modelo de Estado: hibridismo ideológico e condicionantes históricas*, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Saraiva, v. 17, out/nov, 1996.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, Editor, 1997.
- HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- _____. *A força normativa da constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, Editor, 1991.
- KELSEN, Hans. *"Teoria Pura do Direito"*, Armênio Amado Coimbra, 4ª ed., trad. João Baptista Machado, 1976.
- MORAIS, José Luiz Bolsan de. *A idéia de Direito Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow Pereira. Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, v. 12-1, 1, 1983.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1993.
- ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la Justicia*, Editorial Universitária de Buenos Aires, 4ª ed., trad. Genaro R. Carrio, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Princípios do Processo e Formação das Leis no Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.
- VIEWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr., Brasília: Imprensa Nacional, 1979.